LA TEORICA
DEL DANNO CRIMINALE

SAGGIO

DI

UMBERTO DE BONIS

(Parte Prima)

ROMA
TIPOGRAFIA ELZEVIRIANA
di Adelaide ved. Pateras

1896

LA TEORICA
DEL DANNO CRIMINALE

SAGGIO

DI

UMBERTO DE BONIS

(Parte Prima)

ROMA
TIPOGRAFIA ELZEVIRIANA
di Adelaide ved. Pateras

1896

I.

Come ogni altro concetto riguardante la condotta dell'uomo, così quello del delitto si è venuto svolgendo man mano e sempre più determinando nel corso del tempo, da una prima incerta idea fino alla scientifica nozione, che ce ne ha dato la scienza penale moderna (1).

Onde, per poter studiare lo svolgimento naturale e storico del concetto del reato, è necessario formarsi di esso la più generale nozione che sia possibile, quella cioè, che contenga solo qualche caratteristica la quale si trovi costantemente, come indizio sicuro di ciò che si è ritenuto essere un delitto.

Inteso a questo modo generale considereremo come delitto ogni azione dell'uomo, per la quale colui che ne pativa gli effetti, ha creduto di avere il diritto di reagire verso l'agente con azione analoga o con l'imporgli un equivalente.

---

(1) Il presente scritto fa parte di uno studio di maggior mole sul *Danno criminale*, di prossima pubblicazione.

È bene notare, che la reazione, carattere costante del delitto (come oggi nelle legislazioni civili è la pena) ebbe luogo non solo contro l'uomo o l'essere animato, che è stato causa dell'azione; ma anche contro le cose inanimate.

Se è vero che lo sviluppo dello individuo riproduce in sintesi lo sviluppo della specie, secondo il parallelo che un insigne filosofo naturalista, l'Häckel, ha messo in chiaro; noi vediamo in fatto che i bambini, nell'età, nella quale la ragione non si è ancora tutta sviluppata, reagiscono contro la causa, quale che sia, del dolore, che essi provano.

E quello che accade oggi nella prima età dell'individuo, deve ritenersi con grande probabilità di vero sia accaduto nelle prime età della specie umana.

Questa reazione è un modo particolare dell'organismo di sentire le impressioni dolorose.

Tutto ciò, che produce un dolore vivo nell'organismo, eccita violentemente i centri psico-motori, accumula in essi una grande forza di espansione, la quale poi prorompe con una reazione, consistente assai spesso in una azione non dissimile da quella, che ha arrecato il dolore.

Questa reazione o si spiega su oggetti esterni, o alle volte giunge persino a ricadere sull' istessa persona del paziente; come accade appunto nei bambini, nelle donne eccessivamente nevrotiche, o nei selvaggi, che si strappano i capelli, le vesti o si mordono le mani.

Quando la reazione ha luogo su persone o og-

getti esterni, in generale può chiamarsi vendetta; ed essa costituisce la prima caratteristica di quelle azioni, dalle quali si verrà svolgendo poi il concetto del delitto.

Non starò qui a citare i fatti numerosissimi raccolti dai viaggiatori e ordinati dai moderni sociologi, intorno alla vendetta presso i popoli selvaggi contemporanei, i quali, secondo una opinione generalmente accettata oggi, possano darci un' immagine molto vicina della condizione primitiva dei popoli civili (1).

Non può mettersi in dubbio questo fatto, che nella prima fase della vita della specie il sentimento predominante, come base del diritto penale, è quello della vendetta. E, come questa non si desta che per un fatto che arrechi dolore, capace cioè di eccitare grandemente i centri psico-motori, è chiaro che possiamo dire che erano ritenuti come delitti i fatti, le azioni dell'uomo, che arrecavano un dolore; trascurando le reazioni contro gli esseri irragionevoli o inanimati, le quali, sebbene non manchino di un

---

(1) Questi fatti si trovano specialmente nel Letourneau; L' évolution juridique dans les diverses races humaines. Paris 1891. id. L'évolution de la morale. Paris 1887. id. La Sociologie; Lubbock I tempi preistorici e l'origine dell'incivilimento Torino 1875, e nel Du Boys, Histoire du droit pénal des peuples anciens. Paris 1845.

Acute osservazioni intorno al valore da dare ai costumi dei moderni selvaggi, come indizi di civiltà incipienti o decadute, fece lo Schiattarella nei suoi Presupposti del diritto scientifico, trattando della *riforma del metodo in sociologia* Palermo 1885 e il Vanni, Lo studio delle razze umane.

significato, che accenneremo fra breve, tuttavia rappresentano una eccezione, e ben presto abbandonata dai popoli civili.

È da notare però in questo primo periodo, come la vendetta assai spesso non poteva essere compiuta dalla persona stessa dell'offeso, e perciò doveva essere esercitata dalle persone della famiglia e non di rado dai capi della tribù, cui apparteneva l'offeso.

In questa necessità sentita fin dai primordi delle umane associazioni, è il primo albore del concetto che la punizione del delitto è ufficio della società umana, la quale, nell'offesa fatta ad uno dei suoi componenti, vede come una offesa fatta a sè stessa.

Non meno importante è pure l'altro fatto, che in questi primi tempi un altro sentimento fu ben presto messo a base della vendetta; quello cioè dell' *espiazione* (1).

Quale che ne sia l'origine psicologica, o la venerazione degli spiriti dei morti, come vuolelo Spencer o il terrore che i fenomeni naturali, come la folgore, il vento, il terremoto, i vulcani, loro ispirarono; è certo che in tutti i popoli primitivi, come nei popoli viventi ancor oggi allo stato selvaggio, la credenza in esseri soprannaturali, dotati di potenza straordinaria, si trova sempre. Da questi umili principi trae origine il sentimento religioso (2).

---

(1). Pertile. Storia del Diritto Italiano, Vol. V. § 165.

(2) Spencer, Princ. de sociologie. Max Muller, Science des Religions. Dupuy, Origine de tous les cultes ecc,

Ora, accanto al sentimento, o meglio istinto, della vendetta, ben presto sorse l'idea che il delitto, essendo un'azione contraria ai comandamenti degli antenati divinizzati, e poi della divinità; fosse anche e principalmente un'offesa a questa, e che la si dovesse placare con un sacrifizio.

E questo non pure si compiva con l' immolare il reo alla divinità adirata, onde la vendetta acquistava carattere di sacro dovere, da parte della famiglia o della tribù dell'offeso; ma, considerando il delitto come una macchia, che bisognava ad ogni costo lavare dalla famiglia stessa dell'offensore o dalla sua tribù, queste o costringevano il reo a subire la vendetta, o almeno offrivano una *vittima piaculare* alla divinità offesa (1).

E anche da questo si vede un primo indizio del principio che la punizione, non è cosa che riguardi soltanto l'offeso o la famiglia di lui; ma tutta la società; anzi la famiglia del reo stesso, e perfino il reo; principio che poi avrà il suo svolgimento nella dottrina platonica della espiazione, e in quella moderna della scuola dello stesso nome.

Se questi sono i caratteri più importanti del diritto penale primitivo, essi durarono a lungo nella storia dell'umanità; poichè li troviamo predominanti anche nelle legislazioni di popoli inciviliti, già for-

---

(1) Robertson. « Storia di Carlo V. », Introd. Genesi, IV. 10 – Levitico VI, 6 – VII, 7 – Livio, I, 26 – Tacito « Annali » XII, 6 – Virgilio, « Aneide » I. 636 – Pertile, l. c.

mati a stato, cioè nelle legislazioni dell'India, della Cina, della Persia, dell'Egitto, d'Israel.

A me non preme, per l'argomento particolare di questo studio, intrattenermi a lungo sul contenuto di queste legislazioni.

Esse, come ho accennato, sono improntate essenzialmente dei caratteri ora accennati, e solo vi si aggiunge altro non meno importante, la considerazione dei delitti che offendono l'ordine costituito della autorità sociale e di alcune istituzioni fondamentali dello stato, come l'ordinamento delle caste, in India.

Nella legislazione ebraica poi altro progresso notevolissimo è la concezione di un certo rapporto tra il delitto e la pena, o meglio la vendetta, mercè la legge del *taglione* (talis esto) la quale veniva così a dare una prima garenzia allo stesso reo, che cioè non potesse soffrire danno maggiore di quello che aveva arrecato: occhio per occhio, dente per dente (1).

Quello che importa notare è che il delitto è considerato quasi esclusivamente dal lato esterno, puramente oggettivo; tanto vero che non solo subiscono la reazione gli esseri umani, ma gli animali e persino le cose inanimate si stimavano passibili di essa.

E ciò pel duplice sentimento da cui moveva come,

---

(1) La legge del taglione si trova anche oggi presso non pochi selvaggi, come gli Esquimesi, i Kamsciati, le Pelli Rosse, i Kukis, i Fuegiani; nell' Uganda, nel Sudan, nella Kabilia. – V. Lubbock e Letourneau, op. cit.

si è detto, la reazione; cioè un istinto organico di reazione al dolore, nell'individuo; e un sentimento di espiazione verso la divinità offesa, alla quale si offerivano per placarla, o le cose che eran servite pel delitto, o esseri innocenti di ogni colpa.

In tutto questo periodo primitivo quindi non vi è ricerca di elementi diversi pel delitto; esso è tutto nella oggettività di un fatto, il quale ha arrecato un dolore o si stima abbia irritato la divinità.

Tuttavia, siccome le diverse fasi di ciascun fenomeno, si considerano successive solo per la prevalenza che in ciascuno di esse ha uno dei caratteri mentre poi coesistono, spesso, in diversa misura gli altri caratteri; per quanto in questa prima fase, che può chiamarsi dell'elemento oggettivo, questo predomini, già si hanno degli accenni alla fase successiva, in cui si presenta anche l'elemento soggettivo, come requisito del delitto.

E così troviamo che la legislazione di Manù prende per la prima a considerare le cause che eliminano o attenuano la imputabilità; cioè l'involontarietà (1), il caso fortuito (2), la difesa legittima (3), la compensazione delle ingiurie (4), la moralità del motivo determinante (5).

Del pari le leggi dell'Egitto fanno menzione della

(1) Leggi di Manù VIII; 232, 235. 293, XI, 73, 74, 75
(2) Id. VIII. 236, 291.
(3) Id. VIII. 349, 350, 351.
(4) Id. VII. 276.
(5) Id. VIII. 107.

legittima difesa (1), quelle ebraiche inoltre dell'uccisione del ladro notturno, della involontarietà, della rissa (2).

Ma, tranne nei casi speciali, in cui è preveduta la scusante o la scriminante, il delitto è generalmente enunciato col solo elemento oggettivo: chi uccide, chi ferisce, chi ruba e simili.

Però in tutte queste legislazioni domina una grande ferocia di vendette e di pene, e per fatti che oggi sono cancellati per fino dal novero delle immoralità, nonchè dei delitti, come il bere liquori fermentati, il violare l'ordinamento delle caste, in India; il non coltivare la terra, in Cina, la bestemmia, il mangiare alcuni cibi, nella Giudea.

Per trovare un diritto penale (come del resto qualsiasi norma della vita civile e politica) che si sia liberato dall'involucro religioso, onde era circondato presso i popoli orientali, e che avesse assunto forme più umane occorre lasciare le regioni, ove il popolo sia per la eccessiva fecondità della terra, sia per la maggiore grandiosità dei fenomeni naturali, trovavasi continuamente colpito da meraviglia innanzi alla potenza dell'invisibile, e venire in regioni dove la lotta per la vita dà maggiore coscienza di sè all'uomo, i fenomeni naturali sono più limitati e circoscritti, per modo che si prestano all'indagine della

---

(1) Diodoro Siculo I. 76. (Citato dall'Alimena op. cit. p. 65).

(2) Esodo XXI. 12 – Numeri XXXV, 20, 25. Esodo. XXI 13-25.

mente; e perfino gli Dei si concepiscono ad immagine e similitudine degli uomini.

È in Grecia, che noi troveremo concetti più complessi, più vicini ai nostri, sul delitto e la pena (1).

È bene notare, però, che anche la Grecia, come Roma, e come tutti gli altri popoli civili del resto, ebbe anch'essa la sua fase primitiva, nella quale il delitto è concepito esclusivamente dal lato esterno, come azione dannosa all'individuo e alla società; e nella quale la vendetta e l'espiazione sono i concetti informatori. Tuttavia anche in questo periodo primitivo del diritto penale greco, si può notare già l'indizio dell'indole umana, armonica del popolo; la quale distingue nettamente, per quanto sieno corrispondenti, la fase primitiva del diritto penale greco da quella del diritto penale dell'Oriente.

Così, per quanto il diritto penale greco primitivo sia fondato sulla vendetta e sulla espiazione, incomincia già a farsi strada il principio che il delitto non può consistere solo nell'elemento oggettivo, ma che debbasi far differenza tra delitto e delitto. Così nella legislazione di Caronda è sancito: non dev'essere portata l'accusa degli atti che *per inavvertenza e fuori la propria volontà* sieno stati commessi, ma degli atti che *appensatamente* furono per-

---

(1) Thonissen, Le droit pénal de la république athénienne, Paris 1875.

Dareste, Etudes d'histoire du droit, Paris, 1889.

petrati (1); nella legislazione di Creta troviamo espressamente preveduto il caso della impunità dell'uccisione dell'ingiusto aggressore (2); Licurgo mette come primo requisito dell' imputabilità la volontà, di modo che l'omicidio volontario era punito con la morte, l'involontario con l'esilio; l'omicidio casuale non era punito (3); e finalmente nella legislazione ateniese si trova un grande sviluppo della dottrina dell'imputabilità, fondata sui diversi gradi d'intensità del volere. Così la legittima difesa delle persone o dei beni (4), la provocazione (5), l'involontarietà (6) sono cause scriminanti o diminuenti dell'imputabilità. Inoltre le ferite e le percosse vibrate col *fine di uccidere* venivano considerate come omicidii e punite di morte (7).

E come nelle legislazioni si trovano consacrati questi principi, così non potevano sfuggire alle menti dei due sommi filosofi greci, i quali prima si addentrarono nell'analisi delle azioni umane, e aprirono l'era della filosofia giuridica.

Restringendomi al tema, Platone mette a fondamento della imputabilità la volontà delittuosa; onde la demenza, l'imbecillità, la malattia e la decrepi-

---

(1) Stobeo, Serm. XLI, cit. dal Pepere, *Storia del Diritto*, II, p. 145.
(2) Pastoret, *Hist. de la legisl. de Cret.*
(3) Pepere, op. cit. pag. 200-203.
(4) Demostene cont. Aristocrate.
(5) Id., ibid. Lisia, per Eratostene.
(6) Dem ibid.
(7) Antifone, Disc. XI.

tezza distruggono l' imputabilità; l'immediata reazione ad un'offesa, la scema o distrugge affatto, quando sia seguita dal pentimento (1).

Dalla considerazione dell'elemento soggettivo deriva anche che colui il quale col disegno di uccidere vibra un colpo, che non giunge al segno, è considerato come omicida, imperocchè, dice Platone, avendo ferito con l'intenzione di uccidere val come se realmente avesse ucciso, e bisogna accusarlo innanzi alla giustizia quale omicida. Solo, invece della morte, potrà essere condannato a vivere fuori dello Stato, nel quale perpetrò il misfatto.

Ed Aristotele non si allontanò da questi principi del maestro; solo si addentrò più profondamente nell'analisi dell'azione volontaria, in tutti i suoi momenti, giungendo fino a ritenere che le azioni commesse sotto l'imperio della paura non possono dirsi involontarie, perchè, in sostanza, sono elette dall'agente; solo però tenendo conto che non sarebbero state elette, senza la paura, possono considesarsi come involontarie (2).

Questi concetti non potevano mancare di avere una grande efficacia nel diritto penale posteriore; e quando si consideri che essi giunsero a Roma, dopo la elaborazione e trasformazione che essi subi-

(1) De legib. V.

(2) Etica, Lib. III, Cap. V, Lib. V, Cap. VII. Simile concetto trovasi poi anche nel diritto romano, v. Maynz, Droit pénal des romains. Paris, 1890.

rono nella filosofia stoica ed epicurea, si intenderà come essi riappaiono nel diritto dei romani.

Per quello che riguarda il nostro tema non bisogna dimenticare che, allo stesso modo degli altri popoli, anche il romano incominció a concepire il delitto dapprima come offesa all'individuo, che dava luogo alla vendetta; poscia anzichè il solo concetto religioso, si ebbero insieme un concetto religioso e politico del delitto, come offesa alla divinità e alla maestà del popolo romano; onde la *sacratio capitis* l'*interdictio acquae et ignis* per i gravi reati (1).

Ma il diritto penale dei romani ben presto superò questa fase, e, ricongiungendosi alle speculazioni dei grandi filosofi greci, e all'esempio delle leggi della Grecia conquistata, non tardò ad avere del reato un concetto sintetico e del tutto giuridico.

Sarebbe vano cercar nelle fonti del diritto romano una definizione puramente teorica del reato; perchè è noto che i giureconsulti di quel popolo rifuggivano dalle pure indagini astratte; tuttavia a proposito di singoli casi, non mancavano di elevarsi alle norme generali, di un diritto razionale.

Onde, mettendo da parte tutto ciò che riguarda soltanto i singoli casi, non è difficile ricostruire qual concetto i giureconsulti romani avessero del delitto.

Esso si presentò alla loro mente come composto

---

(1) Zocco-Rosa, *L'età preistorica del diritto penale a Roma*, Catania 1893, p. 9 e seg.

di due elementi essenziali; un elemento soggettivo, che chiamarono *dolus malus conscentia sceleris* o *consilium malignum*, e un elemento oggettivo, esterno, detto *exitus, effectum sceleris eventum* o *factum*.

Malamente alcuni citano come inconciliabili le due sentenze: quella di Ulpiano: *cogitationis poenam nemo patitur*, la quale accenna appunto alla necessità dell'elemento oggettivo e alla impunità del puro pensiero; e quella di Callistitos *consilium uniuscuiusque non factum puniendum est, in maleficiis voluntas spectatur non exitus*; la quale determina la necessità dell'elemento soggettivo, e dichiara l'impunità del *puro fatto materiale*. Esse debbono riferirsi appunto al concetto vero del reato, nel quale è necessario il *consilium* e il *factum*.

Questa sintesi fu mirabilmente fatta da Paolo, nel fr. 53, *De verborum significatione*, D. L. 16: *Sane post veterum auctoritatem eo perventum est ut nemo « ope fecisse » videatur, nisi « consilium malignum » habuerit, nec consilium habuisse noceat, nisi « et factum » secutum fuerit.*

Caduta la civiltà latina, l' idea del delitto nei tempi di mezzo fu come un ritorno, per opera dei barbari, alle prime concezioni dei periodi anteriori, e il reato fu considerato principalmente come un fatto, che arreca danno all'individuo, alla famiglia, o alla società; predomina unicamente l'elemento oggettivo, e la considerazione del danno privato è così forte, che la compensazione pecuniaria di esso, il risarcimento, si sostituisce alla pena; tranne nei reati

contro la costituzione sociale, pei quali si tiene necessaria la pena.

Nelle leggi dei popoli nordici si può avere la conferma dell'induzione, fondata sulla considerazione della fisiologia e psicologia umana, che cioè il delitto consisteva quasi esclusivamente nell'elemento oggettivo (1).

Man mano che i barbari vennero a conoscenza delle distinzioni del diritto romano, dei libri cristiani, e principalmente delle norme che teneva il clero nei propri giudizi, incominciarono a tener conto dell'elemento soggettivo. (2) Del quale si ebbe poi considerazione sempre maggiore, a misura che lo studio del diritto romano si venne propagando.

Nelle leggi longobardiche, mentre si trova proibita la vendetta per delitti dipendenti da colpa, e limitata la responsabilità alla riparazione del danno, (3) il dolo è considerato espressamente con le parole *asto*, o *asto animo* (Roth. 146. 149. 201) o *dolose* (ib. 9.305); e negli statuti con gli avvebi *pensate*,

---

(1) Pertile *Storia del Diritto Italiano.* Vol. V § 170, e gli autori ivi citati, specialmente il Wiarda, il Rogge, V. anche Duboys, Histoire du droit criminel des peuples modernes; I. 250, 254.

(2) « Ibid » - Nota giustamente lo stesso autore che l'errore degli scrittori che negano la prevalenza quasi assoluta, presso i popoli barbari, dell'elemento oggettivo, deriva dall'aver preso per punto di partenza le *leges*.

(3) Rothari - 147. 148 - *Leg. Frision* III. 69.

appensate, ex proposito, o *studiose, tractatim, meditate o praemeditate* (1).

Tuttavia neppure il risorgimento del diritto romano potè avere efficacia di determinare più nettamente la distinzione dei due elementi necessari per la esistenza del delitto; perchè così i commentatori delle Pandette, come i pratici poi, nelle apparenti discordie del testo romano, cercarono ciascuno di sostenere la propria tesi, mettendo in maggior luce ora l'elemento soggettivo, ora l'oggettivo. D'altronde nel diritto romano la prevalenza di un elemento sull'altro è determinata piuttosto nei singoli reati, anzichè in generale; così p. e. prevale la considerazione soggettiva nei reati gravissimi, in quelli di lesa maestà; mentre nei reati minori, si tiene conto principale e quasi esclusivo dell'elemento oggettivo. Sicchè anche i pratici, seguendo in questo il diritto romano, e esagerando la distinzione dei casi, non ebbero criteri fissi, generali; ma vennero man mano formando una casistica sempre più numerosa e complicata (2).

È notevole tuttavia che già nei primi commentatori del diritto romano incomincia a determinarsi alquanto il concetto, che in ogni reato debba esservi qualche cosa di oggettivo.

---

(1) V. Stat. di Parma: 1255. *Si aliquis interfecerit* appensate *aliquem civem*; ib. 282, *si quis* appensate *percusserit*; Stat. di Padova c. 76 », Stat. di Lucca, Stat. di Firenze, *Qui occiserit seu « percusserit studiose » vel praemeditate* ecc. V. Pertile, Vol. V. pagina 65.

(2) « Clarus » *Quaest* 92; *Menochius De arbitio judic* 360.

E ciò si vede principalmente nei primi accenni, che i commentatori vennero facendo per costruire una dottrina del tentativo.

Così l' Alciato, con frase espressiva, diceva « (ad. « leg. 53. de verbor. sign, n. 39.) aliud est crimen « aliud conatus: hic in itinere, illud in meta; e « prima di lui il Gandino (De maleficis, rubric. de « de poenis reorum. Num. 2) cum quis cogitat, « agit et perfecit, punitur. Si autem cogitavit et « egit, sed non perfecit, tunc subdistingue, quia aut « noluit et potuit, aut noluit et non potuit; quia « noluit, venia dignus est, ut § de fol. L. quia fal- « sum. Si autem quia non potuit, punitur, quia « in maleficiis spectatur voluntas, non exitus. — Si « autem cogitavit, nec perfecit, subdistingue, quia « aut agitur in foro seculari, et non punitur, quia « cogitationis poenam nemo meeretur: fallit in cri- « mine laesae maiestatis. »

E la maggior parte dei pratici e degli statuti richiedono tutti *un actum proximum* (Claro, Menochio, Stat. di Piacenza, di Lucca).

Del pari nei primi commentatori incomincia a riprendersi la parola *damnum*; ma si continua a considerarla ancora nel significato ristretto del diritto romano (1).

Una teorica sugli elementi del reato non poteva

---

(1) È notevole che la parola *damnum* nell'editto di Rotari si trova adoperata anche nel significato di lesione, N. 138, 144, 305 - V. Pertile - *Sucit* p. 60 n. 3.

sorgere, se non dopo che del diritto di punire si fossero indagati i fondamenti e i limiti; ed era necessario che vi fosse tutto un rivolgimento nello spirito scientifico, il quale allontanando le menti dalle pure tradizioni del diritto romano e dalle autorità filosofiche stabilite, le richiamasse allo studio diretto delle cose e dei fatti.

Nello stesso Grozio, che è il padre del diritto internazionale e della filosofia del diritto, mentre i principî razionali sono riconosciuti, tuttavia si crede doverli confortare con le autorità più diverse.

Solo dopo che la filosofia del diritto si emancipò da ogni pastoia di tradizione, e incominciò dall'esaminare le basi stesse dello Stato, poteva sorgere e sorse la scienza del diritto penale. Da questa solo si potè avere la determinazione degli elementi del reato, e fu notata la giusta importanza che ciascuno deve avere nella teorica generale di esso.

E si venne così, nelle scuole e nel foro, formando la massima che non vi potesse essere reato, se non vi fosse nell'azione il *dolo* e il *danno*.

Ma il significato di queste due parole, fu dapprima molto vago e indeterminato; e quanto alla seconda, non di rado si scambiò l'effetto con la causa; onde la scienza penale moderna, a meglio determinare la nozione del reato e dei suoi elementi, adottò altre nomenclature, fra le quasi quella che distinse nel reato due elementi: il *soggettivo*, cioè l'intenzione di delinquere, il *dolus* nel significato penale; e l'elemento *oggettivo*, cioè l'*azione esterna* con la

quale si traduce in opera l'intenzione (*ope facere* di Paolo, il *factum*); e finalmente il risultato esterno, materiale e morale, privato e pubblico, dell'azione delittuosa, da alcuni detto *elemento politico*, e che la scuola italiana chiamò poi *danno* in generale, attribuendo a questa parola un significato proprio, tecnico, come si vedrà nel Capo seguente (1).

---

(1) È molto varia la nomenclatura adottata dagli scrittori italiani di diritto penale, circa gli elementi del reato, e certo sarebbe desiderabile si adottasse una nomenclatura comune, scegliendo quella che filologicamente e scientificamente sembri migliore.

Così il Renazzi, che fu il primo a trattare sistematicamente e razionalmente il diritto penale, distingue nel reato *due azioni*: *azione interna* e *azione esterna* (Elem. I, Cap. III, § 3); il Carmignani, mentre dice che ogni delitto *constat ex duobus elementis*, cioè *ex acto voluntatis* e *ex actu physico, ex quo legis latae infractio resultat* (Elem., § 97), introdusse la nomenclatura delle *forze* del reato, accettata e svolta dal Carrara. Però quest'ultimo adopera spesso anche la nomenclatura di *elementi*, distinguendone tre: *elemento morale, materiale* e *politico* (§ 58). Non sempre però il Carrara mantiene bene distinti gli elementi dalle forze (vedi §§ 35, 355, 539, Part. Gen. I, e Introd.). Il Nocito distingue tre elementi: *psicologico, fisico* e *politico*. Il Pessina, chiamando l'azione materia del reato, riferisce a questa gli elementi, che chiama: *elemento interno* del volere criminoso (dolo), ed *elemento esterno* dell'esecuzione di quel volere (danno). (Elem. I, p. 147). Il Tolomei distingue l'elemento soggettivo dall'oggettivo (Dir. e Proc. Pen., p. 276). Il Brusa infine parla di cinque elementi: azione od omissione; soggetto attivo primario e secondario, e passivo; oggetto; rapporto dell'azione con l'oggetto; forma. Come si vedrà in seguito, però, il Brusa dà altro significato alla nozione degli elementi ed a quella delle forze del delitto.

II.

La scienza del diritto penale, come organismo di principî intorno ai delitti ed alle pene, è opera dei tempi moderni, anzi può dirsi che non sia sorta, come disciplina speciale, che nella seconda metà del secolo passato.

Se codici penali, commentatori di essi, trovansi fin da tempi molto più remoti; l'indagine scientifica non poteva sorgere, se non quando dal comune tronco della filosofia del diritto si staccarono man mano le singole discipline giuridiche.

E dopo il diritto internazionale, fu il diritto penale ad assumere forma di scienza autonoma.

Perciò, se nelle antiche leggi, nei filosofi della Grecia, nei giureconsulti di Roma, nelle teologie di S. Agostino e di S. Tommaso, nei filosofi del diritto prima di Kant, si trovano dei principî di scienza penale; è solo dopo il Beccaria, cioè dopo che la demolizione del vecchio edificio penale fece sentire il bisogno della costruzione del nuovo, che si ha la scienza penale.

Di tutti i problemi che formarono argomento della nuova scienza, fondamentale era quello del reato.

Che cosa dovesse intendersi per reato, quali ne dovevano essere gli elementi, doveva essere l'argomento primo che i penalisti si dovevano proporre di trattare, perchè esso è come il fulcro di tutta la scienza.

Però questo argomento non si presentò in tutta la sua importanza, se non a quegli scrittori che seppero svincolarsi dalla considerazione del diritto scritto, e specialmente dall'autorità che ancor si dava al diritto romano. Ond'è, come si vedrà, che nei primi scrittori di diritto penale del secolo passato, sui quali quella considerazione e quell'autorità duravano, è appena accennato lo studio del reato in generale. Quello che più importa, nell'analisi del reato, è la nota specifica, il carattere proprio di esso; quello che lo fa distinguere da tutte le altre azioni dell'uomo, e che imprime ad esso la sua fisonomia.

Questo particolare carattere del reato fu determinato nell'effetto che esso produce a differenza di tutte le altre azioni dell'uomo, anche di quelle che più gli si avvicinano, delle malvagie, delle dannose in generale; l'effetto cioè di un danno di natura speciale, cioè morale e generale; il perturbamento dell'opinione della sicurezza giuridica.

Questo effetto caratteristico del reato, la scuola italiana, auspice il Carmignani, chiamò *danno mediato*; altri, dopo di lui, *sociale*, e finalmente il Brusa, di cui ho adottato la nomenclatura, *danno criminale*.

La dottrina del *danno criminale* è forse quella che costituisce la base di tutta la scienza penale; ed è merito precipuo dei penalisti italiani l'averla sostenuta e successivamente svolta.

In questo saggio mi propongo di delineare lo svolgimento storico della dottrina, e di additarne l'importanza, che non è venuta meno, come dimo-

strerò, neppure con gli ultimi studi e con le nuove idee della scuola positivista.

Come si è veduto nel capo precedente, il concetto del reato fino ai tempi moderni fu molto vago e indeterminato, nè alcuno scrittore si fermò a studiare di proposito quale fosse il carattere specifico di esso; che dovesse intendersi, in che consistesse quel danno speciale, che distingue l'azione criminosa da quelle semplicemente dannose, o anche solo malvage.

Pel primo il Mattei accenna a questa specie di danno indiretto, non solo nei reati, che, anche secondo la giurisprudenza romana, erano tenuti come pubblici, ma anche in quelli così detti privati.

« Fecerunt autem leges pubblica illa, quae aut adversus rempubblicam sunt commissa, aut quae pop. Rom. perinde habuit ac essent adversus rempubblicam commissa. Prioris generis sunt: crimen majestatis, peculatus, ambitus, repetundarum, vis pubblica, fraudatae annonae; posterioris caedes, parricidium, falsum, adulterium, vis privata plagium, *quae licet directe adversus rempubblicam* non committantur, tamen quia ad vitam et libertatem civium pertinent pubblicis adjecta sunt, ut non magistratuum, sed populi cognitio esset. » (*De Crim. Proleg.*).

Quegli che poi accennò chiaramente a questa specie di danno o di male derivante dai reati, fu il Cremani (*Prol. XXXI*, lib. II, cap. I).

« La principale divisione dei delitti si desume dal *numero delle persone offese;* così si hanno *delitti*

che nuocciono ai più, delitti che nuocciono ai singoli.

« Nuocciono ai più quelli che *direttamente* turbano *l'ordine comune della società*, ciò che, secondo Grozio, fanno i reati che offendono la maestà di Dio o il culto di essa, ecc., o la maestà umana e civile ovvero lo Stato. Fra i delitti, che offendono direttamente i singoli, tengono il primo posto quelli che tolgono la vita altrui iniquamente; quelli che turbano la famiglia, poi i furti.

« Debbo far notare che anche coi delitti coi quali ho detto offendersi solo i singoli si viola un *pubblico bene* risultante dal bene particolare dei singoli cittadini. Questi delitti pertanto *obliquamente*, come per conseguenza, offendono la società, mentre quelli che contemporaneamente, come ho detto, nuocciono a più, la offendono *direttamente*. »

Lo stesso concetto è accennato anche al num. 31 dei prolegomeni: « Quindi dal fin qui detto è agevole intendere come la nostra giurisprudenza dapprima si versò sui delitti pubblici e poi, progredita, trasse a sè anche la persecuzione delle private ingiurie; ed anche come, tolta la licenza della privata vendetta, fra gli uomini, il diritto di punire nel sovrano si estese anche a quei fatti *che riguardano principalmente i singoli*, ma toccano pure *indirettamente la pubblica felicità di tutti*. »

Il primo accenno ad una estensione del concetto del danno si ha nel Renazzi, che fu il primo a trattare sistematicamente la scienza penale, senza atte-

nersi strettamente al solo commento delle leggi romane. Egli, dopo aver notato che nel diritto romano il danno era inteso solo come la diminuzione del patrimonio, aggiunge: « Nos in amplissima significatione accepimus damnum, ut omnem laesionem eo complectamur, non solum rebus sed etiam corpori, *famae,* pudicitiae hominum illatam. » (*Elem. iur. crim.*, cap. 3, 6).

E lo stesso Renazzi fu dei primi ad indagare i caratteri propri del delitto, fra i quali essenziale è un detrimento, un danno alla società:

« *Qua propter* actiones ex quarum commissione vel omissione *nullum societati detrimentum impendat,* suis legibus homines praetermis erunt. Verum in delictis non solum societatis, sed et sociorum ratio distincte erit habenda.

« Nam nonnulla quidem delicta *societatem* DIRECTIM adficiunt, qualia sunt quibus eiusdem status labefactatur, vel prorsus evertitur; sed longe plura sunt, quibus cives *primario* laeduntur, quae ipsa quoque *reflexim* recidunt in societatem. » (Cap. 3, n. 2, 3).

Fu opera della scienza penale risorta a libere indagini col Beccaria, l'analisi dei caratteri, dell'azione umana delittuosa, e la teoria del danno.

Il Beccaria, volendo combattere la prevalenza del principio morale nella scienza dei delitti, la quale prevalenza era stata la fonte di tutti gli arbitrî, non si limitò a proclamare che nota caratteristica del

reato è il danno; ma disse addirittura che solo il danno della società costituisce tutto il delitto (1).

Certo il Beccaria scambiò il carattere specifico dell'azione esterna con l'azione stessa; ma fu il primo a dare alla nozione del *danno* il vero significato che essa deve avere per la scienza penale.

Dopo del Beccaria quegli che svolse con potenza mirabile di analisi l'esame dei caratteri dell'azione umana delittuosa, fu Geremia Bentham (2).

« Dei piaceri da spandere, dei dolori da evitare, ecco il il vero scopo del legislatore: occorre quindi che il loro valore gli sia ben noto (3).

È questa la massima fondamentale della scienza della legislazione, derivata direttamente dal principio dell'utilità.

« Accade del governo come della medicina: il suo unico scopo è la scelta del male. Ogni legge è un male, perchè ogni legge è una infrazione alla libertà; ma, io lo ripeto, il governo non ha che la scelta del male. Nel fare questa scelta, quale deve essere l'oggetto del legislatore? Deve assicurarsi di due cose: 1° che in ogni caso gl'incidenti, che egli

---

(1) Risposta alle note osservazioni sul libro dei delitti e delle pene. (Del Fachinei).

Nota il Carmignani (*Teoria delle leggi delle Sic. Soc.*, vol. 2, pag. 74), che il Beccaria sentì la verità del principio, che annunziò il primo, ma non seppe ridurla a dimostrazione.

(2) *Traité de legislations*, vol. 2. — *Principes du Cod. Pen.*, chap. 4, vol. I.

(3) *Principes de legisl.*, lib. VIII.

si sforza di prevenire, siano realmente dei mali; 2° che questi mali siano più grandi di quelli che egli adopera per prevenire.

Bisogna quindi tener conto di due cose: del *male del delitto* e del *male della legge;* il male della malattia e il male del rimedio.

Un male viene raramente solo. Una parte di male non può ricadere su di un individuo, senza estendersi di là come da un centro.

Nel corso del suo svolgimento noi gli vedremo prendere diverse forme: vedremo un male di una specie sorgere dal male di un'altra specie, e persino il male derivare dal bene e il bene dal male.

Tutti questi cambiamenti sono importanti a studiare e a distinguere; è proprio in ciò anche l'essenza della legislazione.

Ma fortunatamente queste modificazioni del male sono in piccolo numero, e le differenze sono fortemente designate. Ci basteranno tre distinzioni principali e due suddivisioni per risolvere i problemi più difficili.

Il male derivante da un' azione malvagia può dividersi in due parti principali: 1° quello che cade immediatamente sul tale o sui tali individui determinabili, e costituisce *il male del primo ordine*; 2° quello che trae origine dal primo e si spande sull'intera comunità, o su di un numero d' individui non determinabile; ed è il *male del secondo ordine.*

Il male *del primo ordine* può distinguersi in due specie: 1° *il male primitivo* che è particolare all'indi-

viduo leso, al primo paziente, a colui p. es. che è percosso o derubato; 2° *il male derivato*, quella porzione di male, che ricade su individui determinabili, in conseguenza del male sofferto dal primo, a cagione di qualche rapporto tra loro, sia d'interesse personale sia di simpatia.

Il male del secondo ordine può egualmente distinguersi in due specie: 1° l'allarme; 2° il pericolo.

L'allarme è una pena positiva, pena di paura, paura di soffrire lo stesso male di cui si vede un esempio. Il pericolo è la possibilità che il male primitivo non produca dei mali dello stesso genere.

Le due specie di mali del secondo ordine sono strettamente collegate, ma tuttavia sono così distinte che possono esistere indipendentemente. L'allarme puo esistere senza il pericolo; questo può esistere senza l'allarme. Si può essere in isgomento per la notizia di una cospirazione puramente immaginaria, e si può essere nella massima sicurezza in mezzo a una cospirazione pronta a scoppiare. Ma per lo più l'allarme e il pericolo vanno insieme, come effetto della stessa causa. Il male accaduto fa temere dei mali dello stesso genere, rendendoli probabili. Il male accaduto fa sorgere il pericolo: la prospettiva del pericolo fa nascere l'allarme. Se noi spingiamo lo sguardo ancor più lontano, noi scopriamo un altro male che può derivare dal delitto. Quando l'*allarme* arriva ad un certo punto, quando dura a lungo, il suo effetto non si limita solo alle facoltà passive dell'uomo; passa perfino alle facoltà

attive, le avvilisce, le fa cadere in uno stato di abbattimento e di torpore. Così, quando le depredzzioni, le vessazioni son divenute abituali, il lavoratore scoraggiato non lavora più, che per non morir di fame; cerca nell'ozio la sola consolazione ai suoi mali. l'industria cade insieme alla speranza; e le erbe inutili s'impadroniscono dei terreni piu fertili. Questa specie di male si può chiamare male del *terzo ordine* (1).

Queste distinzioni sono certamente vere, e l'averle fatte pel primo, con analisi profonda e chiara è uno dei meriti grandi del Bentham nella seienza penale. Egli chiama in generale *male* del delitto, l'effetto di esso nel mondo esterno.

Ma, secondo l'uso della scuola italiana, il male del delitto non è che il *danno*, e però quelle distinzioni possono, nella sostanza, con semplice variazione del nome, applicarsi alle specie di questo.

Quelle distinzioni però non rimangono per il Bentham nel puro campo tecnico; ma sono la base di tutto il sistema penale da lui escogitato.

E per quanto possa dissentirsi da lui, rimane per opera sua assicurato il principio della importanza della teorica del male nel delitto (danno) per la scienza del diritto penale e per la legislazione.

Infatti l'importanza di questa analisi si rileva tutta nei *Principes du Code pénal* dello stesso autore.

Messo che teoricamente sia *delitto ogni atto che*

---

(1) *Principes de legislation.* Chap. XI.

si creda di dover punire a cagione di qualche male, che esso fa nascere o tende a far nascere, importa vedere di quale specie di male si tratta.

E, rifacendo qui l'esame delle diverse specie di *mali* che possono derivare da un'azione umana, l'autore viene alla conclusione che il male che costituisce l'essenza del delitto, quello che giustifica l'esercizio del diritto di punire nello Stato, è il male del *secondo ordine;* il quale comprende in sè quello del *primo* e offre anche la misura di quello del *terzo* ordine.

Onde tutta l'economia del diritto penale si fonda sulla valutazione del male di secondo ordine.

Questo male per essere sottomesso all' immaginazione, questa facoltà così mobile e fantastica all'apparenza, sembra che non possa ridursi a regole generali; tuttavia segue delle proporzioni abbastanza costanti che è possibile determinare. L'allarme è più o meno grande secondo le circostanze seguenti, segue il Bentham:

1° La grandezza del male del *primo ordine.*

2° La buona o la mala fede del delinquente nel fatto in esame.

3° La posizione che gli ha offerto opportunità di commettere il delitto.

4° Il motivo che l'ha fatto agire.

5° La maggiore o minore facilità d' impedire questo o quel delitto.

6° La maggiore o minore facilità di nascondersi e sfuggire alla pena.

7° Il carattere che il delinquente ha mostrato

col delitto (la recidiva è compresa in questo capo).

8° La condizione dell'individuo leso, a causa della quale quelli di una condizione eguale possono o no risentire l'impressione della paura (1).

L'analisi del Bentham è certo profonda ed esauriente: solo a me pare che in essa possano riscontrarsi questi difetti.

Il difetto fondamentale della teoria del Bentham, consiste, com'è stato rilevato già, nell'ammettere che per valutare se da un'azione umana derivi più male che bene, debba tenersi conto del male o del bene che ne risente l'individuo soggetto attivo, in confronto di quello che soffrono il soggetto passivo e i suoi parenti, i suoi amici, ed infine la società intera.

Or non è vero invece che la valutazione debba farsi tra il male e il bene che risulta dall'azione, non già al privato e alla società rispettivamente, sibbene a quest'ultima solo, cui veramente importa che il male non avvenga?

Così lo stesso Bentham non si dissimula, p. e, che il bene derivante ad un individuo misero che rubò, p. e., 100,000 lire ad un arcimilionario o allo Stato, è infinitamente superiore al male che il derubato ne risente e all'allarme della società stessa, il quale può essere generale, estesissimo, ma di una intensità assai lieve per le speciali circostanze, nelle quali il furto ha potuto essere commesso.

---

(1) Principes du Code pénal. Chap. IV et X.

Oltre questo difetto fondamentale, del sistema penale, del Bentham, nella dottrina particolare del male nascente dal delitto, a me pare siano da notare questi altri:

1° Suppone sempre nel delitto *un male di primo ordine* (il danno immediato, particolare patito da uno o più individui determinati); mentre vi sono non pochi casi, nei quali esso manca affatto, come nei reati di cospirazione, di associazione a delinquere, di falsa moneta, o in generale nei reati tentati o formali.

Da questo primo difetto deriva l' altro più importante che

2° mentre si fa l'analisi del *male politico* (questa è l' intitolazione del capitolo X), si tien conto del male privato, e lo si suppone indispensabile al reato. Così non si ravvisa l'indole del male veramente politico come il solo caratteristico del reato; quello che il Bentham chiama del *secondo ordine.*

3° Si fa rientrare nel male del primo ordine, col nome di male *derivato*, oltre il danno *morale* economico, che per effetto del male primitivo deriva a coloro che erano in rapporti *giuridici*, anche il dolore che provano gli amici di lui. Ora è evidente che per una analisi esatta, questo dolore fa parte del male di *secondo ordine*, quello cioè che provano tutti coloro che sono spettatori o consapevoli del male sofferto da un uomo, al quale non sono legati che dal vincolo della simpatia umana e civile.

4° Lo stesso può dirsi dell'altra specie di male,

che il Bentham chiama di *terzo ordine*, cioè la sfiducia e lo scoraggiamento, che deriva dallo spettacolo continuo del delitto impunito.

Questo fa parte nel male del secondo ordine, del quale non è che un grado più elevato. Certo, se si vuol seguire il propagarsi del male del delitto sullé persone, dal momento in cui è risentito, prima dal soggetto passivo, fino alle ultime che ne risentono, si avranno tanti cerchi successivamente più larghi, i quali comprenderanno i diversi ordini di associazione. Così dopo il male dell' individuo direttamente offeso, vi sarà quello della famiglia, poi quello degli amici, poi si potrebbe dire quello dei concittadini, infine di tutti gli uomini. Ma si avrà una analisi di fatto, non un'analisi giuridica, secondo cioè la sfera dei diritti veri e propri offesi.

Bisogna però riconoscere, che sebbene il Bentham esplicitamente non enunciò la teoria che il danno caratteristico del delitto è proprio quello del secondo ordine; implicitamente egli presentì questo postulato della scienza penale.

Egli dice infatti: « Vi è una grande classe di delitti, di cui tutto il male consiste nel pericolo (*danger*).

« Intendo di quelle azioni le quali *senza offendere alcun individuo determinabile*, sono nocive alla società intera. La cattiva condotta di un giudice, di un accusatore o di un testimone, fa assolvere un colpevole. Ecco un male senza dubbio, perchè vi è un pericolo, d'incitare con l'impunità lo stesso delinquente a reite-

rare i suoi delitti; il pericolo di incoraggiare altri delinquenti con l'esempio e il successo del primo.

Tuttavia è possibile, che questo danno per grave che sia, sfugga all'attenzione del pubblico, e che coloro i quali, mercè l'abitudine della riflessione son capaci di scorgerlo, non ne risentano alcun allarme.»

Inoltre nei *Principes du Code pénal* si occupa di proposito solo del male del *secondo ordine* (Parte I. Cap. IV e seg.), facendo rientrare il male del primo ordine, come uno dei determinatori della grandezza del male di secondo ordine.

L'analisi del male prodotto dal reato fu ripresa dal Carmignani, e da lui svolta con principii giuridici, emendando così il lato difettoso di quella del Bentham, che considerava piuttosto il male, come puro fatto.

Invero per la teoria penale, come fu già accennato, non importa seguire il corso delle conseguenze dannose del reato, in tutti i suoi particolari; ma solo trovare in esse i punti di coincidenza con la sfera giuridica, che viene offesa dal reato, in quanto da ciò si possa trarre un criterio generale per distinguere il danno punibile dal danno risarcibile, e un criterio per la misura del delitto e del risarcimento.

Or, come riconosce lo stesso Bentham, fra le azioni malvage o ritenute per tali, ve ne sono che non producono *allarme*; e fra esse e quelle che lo producono vi è una grande differenza! L'oggetto del male primitivo è un solo individuo, il male derivato

può estendersi solo a un numero ristretto, ma il male del secondo ordine può abbracciar tutta la società (1).

Il riconoscere la nota distintiva del reato, nel suo carattere esterno, nel danno politico, quello che il Bentham chiama impropriamente male del secondo e del terzo ordine è stato il merito della scuola italiana.

Già come si è accennato, il Beccaria aveva enunciato che tutta l'essenza del reato consiste nel *danno della società* e che da questo si deve desumere la misura del delitto (§ 29) (2).

Questo teorema però, messo così nudamente, senza il necessario sviluppo di dimostrazione, sebbene sia chiaro per sè stesso, poteva offrire occasione all'addebito, che in fatto gli si fece, di trascurare il concorso dell'elemento morale o subbiettivo.

Addebito però non giustificato, come notò il Carmignani (3), se si considera il vero carattere del

---

(1) Principes de legisl. Chap. X.

(2) Il primo ad usare la parola *danno* nel significato ampio e generico di una diminuzione, non pure del patrimonio economico, come l'intendevano i romani e i pratici, ma di un patrimonio politico e sociale, cioè della sicurezza del diritto e dell'opinione di questa sicurezza, fu il Carmignani nei suoi Elementi I. pag. 12 « Se i Romani dissero *damnum omnem patrimoni* nostri ademptionem ac deminutionem egli amplificò il significato del patrimonium, come *quidquid homini in societatem politicam adscito vel natura, vel societas ipsa* indulsit, *veluti suae felicitatis comparandae legitimum medium* »

(3) In ordine cronologico, prima del Carmignani, accennarono la teorica del danno sociale, fra noi il Romagnosi; fra i tedeschi il Klein.

Il primo però, come si vedrà in seguito, non ne fece il fonda-

danno arrecato alla società, nel quale entra sempre la considerazione dell'elemento soggettivo.

Il Carmignani riprese questo concetto del danno, e distinse il *danno privato* dal *pubblico*; il primo consistente nella diminuzione dei beni che ci dà la natura; il secondo, dei beni che ci dà la civile consociazione (1).

Questi ultimi sono la *sicurezza e la opinione della sicurezza.*

Due specie però del danno vogliono essere considerate particolarmente per la scienza penale; il *danno immediato* che consiste nella effettiva lesione di un diritto (sia privato sia pubblico); il *danno mediato* che consiste nello sgomento che si desta negli uomini per la menomata opinione della propria sicurezza. Questi concetti elementari furono poi

---

mento della teorica penale, anzi cercò diminuirne l'importanza per sostenere la teorica della *spinta* criminosa.

Il secondo (Grundsätze des gemeinen deutsch. und Preuss. Kriminal rechts 1796 § 6) partì dal concetto che il reato oltre un danno materiale, che è risarcito per opera della legge civile, produce un altro danno, *ideale* consistente nello stimolo del cattivo esempio, nella scossa autorità della legge, nella pubblica apprensione per effetto del reato; questi danni ideali deve *risarcire* il colpevole con l'espiazione della pena.

V. anche Welcker, Staat. Recht und Strafe, p. 246 e Franck, Philosophie du droit pénal.

Ma il Klein non svolse la teorica e non la applicò in tutto il diritto penale. Considerando perciò lo svolgimento successivo di essa, dopo il Beccaria viene il Carmignani che fu il fondatore di essa e della scuola italiana.

(1) « Teoria delle leggi della sicurezza sociale II. pag. 80

svolti dal Carmignani nella maggiore opera sua, che appunto ha titolo: « Teoria delle leggi della sicurezza sociale. »

Ecco come egli dimostra che solo il danno mediato (sociale) è la base del diritto di punire, e come esso danno non si avveri, se il fatto materiale non sia l'effetto della forza morale soggettiva.

Infatti non si potrà dire che ci sia danno sociale, se la società non risenta una qualche scossa per effetto dell'azione malvagia: e questa scossa non deriva mai dal puro fatto materiale che uno o più individui abbiano risentito un danno.

Solo quando il danno patito da uno o da più produce una scossa nell'opinione della sicurezza sociale, esso può dirsi danno sociale. « Ma considerando le ragioni determinatrici degli animi delle masse, e dei loro giudizii esse non rassomigliano per modo veruno a quelle che determinano gli animi e i giudizii degl'individui. Motivi di pretto sentimento determinano più il cuore dell'animo, più la opinione che il giudizio, e tra questi motivi le antipatie e le simpatie primeggiano.

« Fate che un uomo sia stato dal suo simile ucciso per caso, e che un altro sia proditoriamente scannato. Le simpatie e le antipatie umane agiscono in modo diverso in questi due casi, nei quali il danno immediato o materiale è il medesimo. Nel primo caso le simpatie o la forza di trasportare sè medesimo in altro e soffrire e godere con lui, si rivolgono tutte verso l'uomo che a caso ha ucciso.

Tutti si trasfondono in lui, considerata una sventura il suo caso, tutti lo compassionano; anzichè aver ragione di abborrirlo, o temerlo; le antipatie si rivolgono contro quella immaginaria fatalità, per la quale la mano la più pura si contamina nel delitto. Nel secondo caso le simpatie tendono tutte verso l'ucciso. Fornite come esse sono di un poter magico di animare anche le inanimate cose e di rendere il finto interessante al pari del vero, e il fantastico come il reale, esse convertono chi soprovvive in chi morì vittima dell'altrui malvagità, e fanno sentire in tutti i cuori, come se fosse vibrato sempre un colpo che non è più, e al quale la uccisa vittima sarebbe insensibile, quando ripetuto pur fosse.

Le antipatie si rivolgono tutte contro l' autore della strage che essi dipingono come pronto sempre a commetterne, posto in agguato in ogni nascondiglio, onde meglio vibrare il suo colpo, che sebbene uno, se ignoto sia, tutte le immaginazioni moltiplicano, temendo ciascuno di vederlo armato piombare sopra di sè, sicchè non vi ha chi non perda la opinione della sua personal sicurezza. Se l'autore del delitto è scoperto e posto in stato da non poter nuocere altrui, tutti gli animi ad un tratto si acquietano, i timori spariscono e la opinione della propria sicurezza in tutti ritorna. La cognizione dell'autore del delitto toglie all'immaginazione il motivo di vederne sempre uno in agguato, e la impossibilità di nuocere nella quale il facinoroso si trova facendo cessere il timore, fa pur cessare tutte le angosciose vi-

sioni che essi sempre risvegliano. Questi innegabili fatti dimostrano che la forza morale di cui è animata l'offesa, è la sola e vera cagione la quale rende il danno materiale e immediato, che ella ha prodotto, un danno sociale, vale a dire un danno sebbene di un solo individuo, di tutti, alla repressione del quale tutti hanno lo stesso interesse: mentre senza quella forza morale il danno materiale e immediato personale all'offeso e privato, sarebbe emendabile con le sole regole del privato diritto. Non è perciò il danno nell'offesa prodotto dalla sua forza morale, un danno di *secondo ordine*, come è stato qualificato; è piuttosto nonchè di *primo ordine*, il solo che *dalla legge della città debba essere considerato*, talchè se non esistesse, quella legge dovrebbe ad altri giudizii dal suo diversi abbandonare l'offesa. Poco rileva che nell'ordine cronologico dei mali, che l'offesa produce, il danno materiale preceda quello che si verifica nell'affezione dell'animo dei buoni o dei tristi, quando senza di questo quello non potrebbe entrare nei calcoli della politica. »

La erroneità della nomenclatura, la quale sostituisce alle parole *forza morale dell'offesa* le altre *moralità* dell'azione, è dimostrata dall'osservazione, che due offese, producenti il medesimo danno materiale e immediato, ed aventi il grado medesimo d'intrinseca moralità, sono e debbono essere giudicate diversamente nella legge necessaria a reprimerle, secondo il diverso grado delle simpatie che esse risvegliano e il diverso interesse col quale possono essere

ravvisate dai meno o dai più, la quale osservazione conferma sempre più il principio, che la forza morale dell'offesa, secondo il diverso modo, col quale agisce come scossa negli animi, imprime sola a un *danno materiale* il carattere di *danno politico.*

Il danno materiale, che il delitto produce, benissimo valutabile come quantità, nel suo confronto con quello che un diverso delitto potrebbe produrre, è il vero, e più esatto dato della misura, perchè il danno proveniente dalla forza morale, che lo produce, o la *qualità*, è sempre nella proporzione di quello che la sua fisica forza ha prodotto; massimo per esempio nell'omicidio; minore nella ferita; più piccolo nelle percosse con bastone; minimo in quelle con la nuda mano inferite.

Non è a dire (1) che questa teoria cada in contraddizione con sè medesima, quasichè una volta esponga, essere la forza morale la sola che dà importanza politica al prodotto della prima forza, ed esponga poi che questa è la vera misura di quella. Le due proposizioni stan bene insieme, nè vi ha contraddizione tra loro.

Il dire che la forza morale dà valore politico al prodotto della forza fisica, è asserire, che ella imprime un carattere ai fatti che ne son nati, ma non è asserire che ella o ponga sè medesima in luogo di questi fatti, o con la sua influenza ne oltrepassi la sfera; mentre il dire che il prodotto delle forze

---

(1) Segue il Carmignani.

fisiche misura gli effetti politici della forza morale, non è asserire, che i fatti che ne son nati, siano il fonte del male politico del delitto. Gli argini del fiume segnano il volume delle acque, ma acque non sono.

O si consideri dunque l'effetto della forza fisica dell'offesa o si consideri quello della sua forza morale, è necessario concludere, che il criterio della sua giusta misura « è il calcolo del danno, che essa arreca alla società. » (Carmignani vol. II. pag. 87 e seg.)

Così fu dal Carmignani svolta e chiarita la dottrina del danno nei reati. Della quale dottrina due sono i punti notevoli: l'aver considerato il danno nascente dai reati sotto l'aspetto giuridico, che è il solo di cui deve occuparsi la scienza penale; e l'aver messo in chiaro che il danno caratteristico e proprio delle azioni umane, che debbono considerarsi come delitti, è il *danno sociale,* e che questo non sorge per il solo fatto materiale di un danno sofferto dall'individuo, ma per l'effetto che si produce nell'animo dei cittadini quando si considera quel danno, come il risultato della forza morale dell'uomo.

E questo che è un dato di esperienza comune, per quanto sia riconosciuto inconsciamente nelle legislazioni, tuttavia non è stato formulato con tutta evidenza e messo come postulato primo della scienza penale, se non dal Carmignoni.

Questa teorica fu accolta sostanzialmente da tutta la scuola italiana, e il Carrara l'illustrò e chiarì ancora sotto altri aspetti, senza aggiungervi però nulla di veramente nuovo.

Seguendo i principi del Carmignani, e rannodandosi più direttamente al Beccaria, il Brusa fece fare, mi sembra, un altro notevole passo a questa teoria, diradando alcuni equivoci, che derivavano dalla distinzione, cui pure si era data troppa importanza nel diritto penale, tra il *danno immediato* e il *mediato*.

Mentre esaminiamo, dice il Brusa, l'elemento morale del reato, è mestieri rilevarne la *essenza criminosa nell'oggettività del turbamento* dell'opinione della sicurezza o impotenza della difesa privata di fronte a frodi o violenze di una certa gravità e generalmente pericolose. Ogni soggettività morale o fisica deve concentrarsi e comprendersi nella contemplazione di questo effetto oggettivamente esistente e generalmente apprezzabile come turbativo della sicurezza pubblica. Il diritto criminale deve, in una buona esposizione metodica evitare il pericolo di avere le apparenze di far servire la pena ad uffici che esso non ha, nè può avere. Così dove Carmignani e Carrara c'insegnano a distinguere nel reato elementi o forze soggettive da elementi o forze oggettive: noi pure riconoscendo l'utilità delle distinzione pei bisogni dell'analisi invece condenseremo senz'altro elemento o forza nel risultamento oggettivo dell'azione (od omissione), criminale.

Pel giure punitivo l'essenziale è invero che non si imputi un fatto e non se ne colpisca l'autore, se non se da quel fatto sia derivata un' offesa *criminalmente* reprensibile.

Se per spiegare *come* sia accaduto che la conseguenza abbia tale carattere dannoso, è pur d' uopo convincersi che una volontà intelligente abbia concorso a produrla, ciò costituisce una ricerca induttiva e di prova, più o meno congetturale ch' essa sia, che nulla aggiunge o toglie all'essenza del fatto.

Il reato è o non è: il *come* abbia potuto inframmettersi nelle relazioni giuridiche e turbarle è bensì una *condizione* dello accertamento suo, non però una sua parte *oggettivamente* costitutiva. Quel che importa nell'analisi del contenuto essenziale del reato, è per noi, il sapere che la sicurezza e la opinione della sicurezza generale dei cittadini sono venute meno per effetto dell'azione che chiamiamo delittuosa.

Avuto riguardo a coteste riflessioni, non parrà, speriamo, frutto di inconsulta e puerile smania novatrice, se al metodo dei due maestri noi apportiamo (1) una modificazione di metodo nella dottrina delle forze del reato.

Preferendo coi medesimi la denominazione di *forze* data agli elementi del reato, noi abbiamo fatto un primo passo nella via della riforma, che ne richiedeva subito un altro. Certo la volontà intelligente diretta a ferire un uomo è un elemento del reato di omicidio; ma poichè il reato non si guarda tanto nella volontà soggettiva, quanto nel danno effettivo, individuale o sociale, e nel conseguente turbamento dei consociati, così cotesto elemento è per noi una

(1) Segue il Brusa.

funzione, una forza del reato. Ma non basta. La forza volitiva e intelligente non valutandosi più come tale (contro l'esempio delle scuole moraliste e utilitarie), ma solo nell'effetto giuridico che produce socialmente, non merita neppure di figurare *quale forza o parte distinta nel reato;* invece così intesa, si riduce piuttosto ad essere *condizione* o *elemento* della forza *oggettiva*, cioè del *danno* del reato. Da ciò la semplificazione delle forze costituenti del misfatto, in forze oggettive soltanto, cioè danno immediato e mediato, e come vedemmo, privazione della sicurezza del diritto e privazione dell' opinione generale di questa sicurezza. Condizioni od elementi del danno oggettivo sono, dal lato morale, la volontà intelligente, dal lato fisico, l'azione o l'inerzia corporea; l'una e l'altra non sono apprezzabili che in quanto rilevansi nelle conseguenze o forze oggettive.

E il Brusa adotta la denominazione di *danno criminale*, per indicare appunto l'elemento oggettivo, il danno sociale del reato.

Anche a me pare che questa semplificazione sia utile, poichè il danno nascente dal reato è un solo, indivisibile, nel quale possono essere contenuti così il danno privato, come il pubblico, materiale o morale. Ma, dove sia il danno criminale, cioè la diminuzione della sicurezza del diritto o dell'opinione di questa sicurezza, ivi è reato. Onde si può ripetere, e perciò dicevo che il Brusa si ricollega direttamente al Beccaria, che il reato consiste tutto nel *danno criminale* (il Beccaria diceva sociale).

III.

Esposto nelle linee principali lo svolgimento storico, che ha avuto principalmente in Italia, la dottrina del danno criminale, nella seconda parte di questo lavoro, tenterò, seguendo l'esempio degli insigni maestri, dei quali ho riassunto le dottrine, e da queste partendo, di aggiungere qualche svolgimento e fare qualche osservazione.

Partiti dai semplici accenni del Mattei e del Cremani, e dagli svolgimenti del Betham, del Carmignani e del Carrara, abbiamo veduto questa teoria del danno criminale assumere un'importanza sempre maggiore e costituire oggi lo schema cardinale di tutto il diritto di punire.

In tutti i più autorevoli trattati di diritto penale italiano, se non in tutti esplicitamente enunciata, la teorica è accolta e illustrata nei suoi vari aspetti.

Col Brusa la teorica è ripresa esplicitamente e portata ad un ulteriore sviluppo.

Il danno criminale, come oggettivamente esistente, è ciò che costituisce il reato; e quelli che si chiamavano elementi del reato non sono che condizioni di quel danno, meglio che elementi, che abbiano una esistenza propria.

E quì è bene notare che, ad evitare la confusione che ancor regna nella nomenclatura, tra elementi e forze, tra elementi soggettivi ed oggettivi,

sarebbe sommamente utile, lasciare da parte questi nomi e assumere definitivamente quella di *condizioni* del reato.

In vero già il Carrara stesso notava che gli *elementi* di un essere sono ciò che ne costituisce il *soggetto*, ma non esprimono ciò che lo completa, mercè il proprio oggetto. E si può, mi pare, soggiungere che gli elementi propriamente sono le parti più semplici che compongono un oggetto materiale, ma che non è molto proprio e preciso adottare il nome di elementi, per le condizioni necessarie a costituire un oggetto ideale, come è il delitto.

La stessa nomenclatura di *forze*, trovata dal Camignani e seguita ancora, non manca di essere anch'essa poco precisa, perchè si presta anche a qualche equivoco che è bene evitare.

Messo quindi che ciò che costituisce obbiettivamente il delitto è il danno criminale, di esso devonsi, in una buona esposizione metodica, analizzare le *condizioni*.

Ora: o io m' inganno, o a me pare che se esauriente può dirsi l'analisi che fanno gli scrittori più autorevoli, delle condizioni soggettive e morali del reato (forza morale soggettiva e forza fisica soggettiva), non con eguale larghezza siano analizzate le condizioni oggettive o estrinseche (forza morale oggettiva e forza fisica soggettiva).

A me pare che spesso si confonda la forza fisica soggettiva con la oggettiva, e questa con la morale oggettiva, per attenermi alla nomenclatura del Carrara, che certo è la più chiara.

Così, mentre si analizza lungamente la forza fisica soggettiva, si accenna solo brevemente alle forze oggettive, che sono l'essenza vera del reato.

Quali sono le condizioni oggettive del danno criminale?

A questa domanda non si risponde, in generale, con la larghezza di dimostrazione che l'argomento richiede.

Invero, oltre l'analisi estrinseca che trovasi nel Bentham e nel Carmignani, cioè la descrizione degli effetti dannosi del reato, cioè il malo esempio per gl'inclinati al delitto, e la menomata opinione della pubblica e privata sicurezza, non si trova altrimenti indagato, se nella oggettività del diritto leso trovisi o meno una condizione, una causa di quegli effetti.

E certo si riconoscerà da tutti che non basta che vi sia un danno effettivo pubblico o privato, derivante da volontà intelligente, perchè questo danno costituisca un reato; anzi non basta neppure che il danno sia ingiusto, per aversi il reato; e cioè che gli effetti esteriori sopra indicati, cioè malo esempio e turbamento della opinione della sicurezza, non sono l'effetto soltanto del concorso delle forze soggettive (volontà ed azione) e della forza oggettiva fisica (lesione del diritto); ma vi è una condizione propria nel diritto leso, una caratteristica cioè di questo, per la quale, quando le altre condizioni concorrono (volontà, atto e lesione), si forma il reato.

Non pretendo già di scoprire io questa condi-

zione, nè di dire che essa non si trovi considerata nelle opere maggiori di diritto penale; chè anzi, come si vedrà subito, io non faccio che trarla da queste. Solo non mi pare messa in propria luce, e al posto che in un metodo logico dovrebbe tenere.

E questa una delle questioni fondamentali del diritto di punire, e intorno ad essa si sono affaticati i più illustri criminalisti e filosofi del diritto (1).

Non stimo utile venire enumerando con facile erudizione tutte le opinioni esposte; ma è importante solo tenersi a quelle che segnarono un vero passo innanzi nella ricerca, e però giova anche classificarle in grandi classi.

Le diverse opinioni su questo punto si possono classificare in due grandi categorie:

1° quelle che ripongono la differenza tra l'ingiusto civile e l' ingiusto punibile in un elemento soggettivo; 2° quelle che lo ripongono in un elemento oggettivo.

Per le prime la violazione del diritto diviene reato, quando è accompagnata *dalla coscienza di operare contro il diritto.*

---

(1) Se ne occuparono particolarmente: Hälschner: *la teorica dell'ingiusto e delle sue varie forme* (*Gerichtssall* 1861); Merkel: *Della dottrina della distinzione fondamentale dell'ingiusto e delle sue conseguenze giuridiche* L. Masucci, *sull'incriminabilità della frode contrattuale* (*Rivista penale* 1888), Impallomeni: *della frode punibile* (*Circolo giurid.* Vol. XI, Palermo 80.

Nell'altro mio lavoro: *Il diritto penale italiano nelle due scuole predominanti*, Roma 1893, ho accennato a questi studi, dei quali più ampiamente tratterò nella seconda parte del presente scritto.

È questa l'opinione di Hegel, di Köstlin, alla quale prima si avvicinava anche il Berner.

Questa teorica a me non sembra accettabile, perchè l'elemento soggettivo della coscienza di operare contro il diritto, se è un elemento del reato, può accompagnare anche le violazioni meramente contrattuali. Chi rifiuta di pagare, agisce con la coscienza di far cosa contraria al diritto, e tuttavia non commette reato.

Le seconde, che fanno consistere la differenza in un elemento oggettivo, si possono suddividere in due classi: nella prima, quelle che considerano la estensione del danno; nella seconda, quelle che considerano la natura obbiettiva della violazione.

Per i sostenitori del primo sistema, l'ingiusto punibile è caratterizzato dall'effetto che produce, quello cioè di arrecare non solo un danno particolare, ma anche un *danno sociale*, o mediato. È questa la dottrina del Carrara, del Pisanelli, del Laurent.

Questa dottrina addita veramente l'effetto, ma non indica la causa onde deriva; e mentre vuole risolvere il problema del criterio distintivo tra il danno meramente privato e il danno sociale, non fa che ripetere il problema stesso: vi è danno sociale quando vi è danno sociale.

L'altra dottrina ripone la differenza nella possibilità di adoperare le cautele che il diritto stesso preordina, per evitare la violazione, o meglio, nella possibilità che ha il cittadino o lo Stato di non subire il danno, adoperando le opportune cautele.

Questa, svolta e chiarita, a me sembra la vera teorica obbiettiva, la sola capace di dare un criterio sicuro per discernere il danno criminale, fondamento del diritto di punire, dal danno privato.

Dottrina variamente esposta, ma sostanzialmente identica, dal Pessina, dal Tolomei, e dal Brusa, in Italia. e accolta dall' Ortolan in Francia (1).

Invero, consideriamo due fatti, nei quali la materialità del danno è identica, ed identico l'elemento soggettivo della coscienza di operare contro il diritto: un furto di lire 1000 e il diniego di pagare lire 1000 dovute.

Se guardiamo il danno patito dal privato, esso è identico: così nell'uno, come nell'altro caso, al suo patrimonio mancano lire 1000. Così il ladro, come il debitore moroso, mancano ad un obbligo giuridico, con la coscienza piena della mancanza.

Consideriamo quello che avviene nell'uno e nell'altro caso, così nell' animo del privato come in quello degli altri cittadini.

Nel primo caso, del furto, il derubato non solo sente il dolore della mancanza delle lire 1000, ma sente anche la propria impotenza, e delle leggi ad impedire che il fatto si ripeta.

Mentre, per il mancato pagamento, sente sì il dolore per la probabile perdita della somma, sulla

---

(1) **Pessina, Elementi, I, 249; Tolomei, Diritto e Proc. pen., 11, 892, 896, 897; Brusa, Dottrina Generale del reato, §§ 23-25; Ortolan, Elem., I, 749.**

quale contava, ma dice a sè stesso che in altra occasione potrà evitare il danno, con maggiore diligenza, sia accreditando il suo denaro a persone più solvibili, sia avvalendosi di quelle cautele che la legge o l'uso possono fornirgli.

Lo stesso accade nell'animo degli altri cittadini. Il furto fa a tutti temere che non possa incogliere anche a loro egual danno; e, contro di esso, nessun riparo vi può far la gente, direbbe Dante. Mentre se apprende che Tizio non è stato pagato dal suo debitore, dice in cuor suo che a lui simile danno non sarebbe incolto, perchè avrebbe adoperato maggior diligenza nel prestare il proprio denaro.

Onde a me pare possa concludersi che il danno sociale, fondamento del diritto di punire, è quello a prevenire il quale non è dato alcun mezzo possibile alla diligenza dei cittadini o dello Stato (1). Nessuna diligenza, nessun presidio, possono impedire che io sia attaccato nella persona, o nell'onore, o negli averi; onde, allorchè un danno di simil genere si avvera, si sente scossa la opinione della sicurezza propria; manca nei cittadini il sentimento, direi cosí, della fiducia sociale (2).

---

(1) Questo concetto, sostanzialmente trovasi in quasi tutte le definizioni della scuola italiana. Esplicitamente, poi, lo enunciano il Tolomei, il Brusa; e in Francia, come dissi, l'Ortolan.

(2) Intesa a questo modo, contiene certo una osservazione giusta la dottrina del Martinelli, citata dal Carrara, che il delitto « viola « l'aspettativa che hanno tutti i cittadini, che nessuno usi della sua « libertà a danno altrui ».

Carrara, I, § 118; Martinelli, Prodromo ad un progetto di Codice penale, Bologna 1866.

Quando un danno di simile specie si avvera, ne nasce come indispensabile conseguenza la sfiducia sociale nella autorità del diritto; il corpo sociale prova un dolore, un patimento tutto proprio, il quale eccita e rende necessaria la reazione.

Onde, come si può osservare; questa teorica, si è svolta sostanzialmente dal concetto fondamentale del Beccaria, che il delitto non è se non il *danno della società*.

Inoltre, come, fra altri, fu notato dal Brusa e dal Tolomei, con questa teorica si spiega, perchè debba variare il novero dei delitti, e la loro misura relativa, col variare del sentimento pubblico intorno alla sufficienza o insufficienza del privato a difendersi da sè, contro fatti lesivi del suo diritto, o nella forma della frode o in quella della violenza. In una società di costumi ancora rozzi, benchè per la ignoranza spesseggino meno le offese fraudolente, dove se ne commettano, più pronta e più larga che in società illuminate deve soccorrere la difesa repressiva.

La variazione di coltura e di costumi, le idee religiose, politiche e giuridiche, influiscono senza dubbio sopra i limiti rispettivi del magistero penale e del magistero semplicemente civile; e questo è il motivo per cui riesce impossibile *a priori* determinarli eguali per tutti i tempi e per tutte le società (1).

(1) Come ho già fatto notare, nella seconda parte del presente lavoro, di prossima pubblicazione, cercherò di arrecare il mio modesto contributo allo svolgimento della dottrina qui brevemente eccennata.

Prezzo L. 1,50